

# 詐害行為取消権者の債権

林 錫 璋

## 一. 問題の所在

詐害行為取消権は、債務者がその債権者を害することを知ってなした法律行為を取り消して債務者の財産を回復させる債権者の権利である（民法424条1項本文）。その取消権を行使するには、債権者が債務者に対して保全しうる債権を有することが必要である。すなわち、債権者の「どのような債権」が詐害行為によって害されるかである。

### 1. 債権の種類について

#### (1) 特定物債権を保全するための債権者取消権

債権者の特定物債権を保全するために取消権を行使しうるか。詐害行使取消権は責任財産保全のための制度であるから、被保全債権は本来金銭債権に限るものである。特定物債権を被保全債権として認めると、特に二重譲渡の場合、対抗要件を充足しなかった第一譲受人が、対抗要件を充足した第二譲受人に対し、詐害行為取消権を行使して目的物を取戻すことができるような問題が生じる。

#### (2) 特定物引渡を目的とする債権を保全するための債権者取消権

共同担保保全の目的で、特定物債権者は特定物債権のままで詐害行為取消権を行使し受益者などに対して、目的物を直接自己に引渡または所有権移転登記を請求しうるかが問題となる。

### 2. 保全しうる債権の成立時期

債権者は債権発生当時における債権者の資力を信用の基礎とするものであ

り、詐欺行為当時まだ存在しない債権については、その行為によって害されることはないから、債権は詐欺行為がなされる以前に発生したものであることを要することになるが、否認権に関してはこのような要件を必要としないことや、取消の結果債権者に回復された財産に対しては、詐欺行為後に債権を取得した債権者も差押えないし配当加入ができると考えられることからすると疑問となる。また、取消の対象とされた契約は債権発生前であるが、その契約の履行としての対抗要件具備行為が債権発生後である場合、売買や代物弁済予約が債権発生前になされ、債権発生後にそれらの本契約ないし予約完結権の意思表示をした場合、被保全債権の履行期が詐欺行為の後に到来する場合、詐欺行為後に債権額が確定する場合、被保全債権が条件付である場合、など先後が争われる問題がある。

## 二. 判 例 の 傾 向

### (1) 特定物債権を目的とする債権を保全するための詐欺行為取消権行使について

特定の建物の買主は、その登記を取得する前に、売主が第二の買主に売却して登記してしまった場合、この第二の売買を害行為として取消することができるか。この問題について、古い判例は第一買主の取消権を肯定した(大判明治三五年一二月三日民録八輯一一卷九頁)。目的物の所有権が善意の第三者に移転したときは、無資力の債務者に対して損害賠償の請求をしても実益がなく、取消権を行使するほかに債権保全の途がなく、ここにいう債権者は金銭債権者に限るものでなく、特定物債権者も含まれる、とされる。ところが、その後間もなく判例は、第一買主に取消権を認めると、登記を怠りながら登記をなした買受人の所有権を奪うことができ、登記制度を無視することになることを理由に、債権者の取消権を否定した(大判明治三九年三月一四日民録一二輯三五頁、同明治四三年一二月二日民録一六輯八七三頁)。このような見解の不統一を正すため、大審院は連合部判決をもって、特定物引渡請求権を有する債権者はここにいう債権者に該当しないことを明言した(大連判大正七年一〇月二六日

民録二四輯二〇三六頁)。その理由は、債権者取消権は民法四二五条の趣旨からみると、債務者に復歸した財産より平等の割合をもって弁済を受くべきものであるから、取消権を有するものは金銭債権を有するものに限る、という。その後、特定物債権者は、その債権が債務不履行によって損害賠償請求権に変われば、取消権によって保全することができる、とする趣旨に補正されたが(大判大正一一年一月一三日民集一卷六四九頁)、多くの判例は否定的立場をとっていた(大判昭和八年一月二六日民集一二卷二九六六頁、同昭和一一一年四月三〇日民集一五卷七四四頁)。

この連合部判決に対して、後述する学説の多くがこれに反対した。その後、最高裁大法廷判決は学説の立場を取り入れて先例を変更した(最大判昭和三六年七月一九日民集一五卷七号一八七五頁)。すなわち、民法四二四条の債権者取消権は、総債権者の共同担保の保全を目的とする制度であるが、特定物引渡請求権といえども、窮極において損害賠償請求権に変じうるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権者と同様であり、一七七条との関係は、債権者取消権制度の目的からくる差異および制約(無資力)があるからこれと矛盾しない、という。この判決には補足意見があり、それによると、目的たる特定物を処分することによって無資力となり履行不能による損害賠償債権の履行ができなくなった場合に限り詐害行為となるから、結局損害賠償債権という金銭債権が害されて、始めて取消権を行使することができるのである。またこの損害賠償債権は特定物引渡債権の変形であり、同一性を害しないから保全債権が詐害行為以前に存在する要請に反しない、という。こうして、上記大審院大正七年の連合部判決が詐害行為取消権を有する債権者は金銭給付を目的とする債権に限るとした見解を変更した。

しかし、上記大法廷判決は、従来の大審院判例の金銭債権限定説を基本的に踏襲し、その補修に努めつつ、上述の結論に導いたものといえるが、取消後の処理については問題が残る。すなわち、取消後取消債権者は取戻された目的物自体を直接自己の債権の弁済に充てることができるのかが問題となる。最判昭和五三年一〇月五日(民集三二卷七号一三三二頁)はこれを否定している。

その判旨は、「債権者取消権は、窮極的には債務者の一般財産による価値的満足を受けるため、総債権者の共同担保の保全を目的とするものであるから、このような制度の趣旨に照らし、特定物債権者は目的物自体を自己の債権の弁済に充てることはできない」というにある。

(2) 特定物引渡を目的とする債権を保全するための債権者取消権について

共同担保保全の目的で、特定物債権者は特定物債権のままで詐害行為取消権を行使しうるかについて前掲大判明治三五年一二月三日は、目的物の所有権が善意第三者に移転したとき、無資力の債務者に対して損害賠償の請求をしても実益がなく、取消権を行使するほかに債権保全の途がなく、取消権を行使しうる、とされていることからこれを肯定しているとみることができる。これに反し、前掲大法廷判決の補足意見は、特定物引渡債権の目的物が処分されない限り債務者が如何にその資力を減少せしめる行為をしたとしても当該債権者にとって詐害行為とはならない、といい、結局損害賠償債権に変じ、同時に債務者が無資力となることにより右金銭債権が侵害されたことによって詐害行為が成立するものと解すべきである、と述べている。

(3) 保全しうる債権の成立時期問題について

① 判例は、被保全債権は詐害行為以前に発生したものであることを要する、とされている（大判大正六年一月二二日民録二三輯八頁，最判昭和三三年二月二一日民集一二卷二号三四一頁）。詐害行為以後に発生した債権の債権者は、既に減少した債務者の資力を信用の基礎として債権関係を発生させたものであるから、なんら予期した担保の利益を害されたといえないからである。債権自体が詐害行為以前に発生したものであれば、詐害行為当時履行期が未到来であってもよい（大判大正九年一二月二七日民録二六輯二〇九六頁）。詐害行為以前に発生した債権であれば、詐害行為以後にその債権を譲り受けた者であっても、取消権を行使することができる（大判明治三七年二月二四日民録一〇輯三一三頁，大判大正一二年七月一〇日民集二卷五三七頁，大判昭和四年三月一四日民集八卷一六六頁）。したがって、債権譲渡の対抗要件を具備した時期が詐害行為の前か後かは問わない（大判大正一〇年一月二三日新聞三八〇二号七頁）。詐害行為前の売掛

債権について、行為後に準消費貸借契約を締結した債権者は取消権を行使しうるかについて、かつて判例は準消費貸借の性質上、債権がその同一性を失うからという理由でこれを否定していたが（大判大正九年一二月二七日民録二六輯二〇九六頁）、最高裁は既存債務との同一性を認め、準消費貸借契約成立前のものであっても、詐害行為として取消権の行使を肯定した（最判昭和五〇年七月一七日民集二九卷六号一一一九頁）。

② 債権発生前の行為について発生後になされた登記 取消債権者の債権発生前になされた契約に基づいて、右債権発生後にその契約の履行として登記などの対抗要件具備行為を詐害行為として取消しうるかの問題について、古くから判例はこれを否定している（大判大正六年一〇月三〇日民録二三輯一六二四頁、大判大正七年七月一五日民録二四輯一四五三頁）。最高裁もこれを踏襲した（最判昭和三三年二月二一日民集一二卷二号三四一頁、最判昭和五五年一月二四日民集三四卷一号一一〇頁、最判昭和五九年四月二〇日金法一〇六八号三二頁）。その理由は、債権者の債権を詐害するものは、債務者の財産減少行為そのものであり、登記はその行為の成立に関係がないから、登記時期の如何は取消権の存否を決定すべき標準にはならない、という。したがって、債務者所有の不動産に対する物権の設定・移転につき、当該行為が一般債権者の債権成立前にされた場合には、たとえその登記手続が債権成立後にされたときであっても、詐害行為取消権は成立しない。

③ 債権がまだ発生していなくても、債権発生基礎となる法律関係は既に存在しているとか、あるいは債権発生基礎の蓋然性を見越して、債務者が予め財産を処分したような場合については、以下のような事例がある。

(i) 租税債権 租税債権の算定基礎たる事業年度の開始後になされた行為であれば、当該事業年度の終了日以前であっても、事業年度開始後既に租税債権発生基礎が存し、且つ将来租税債権が発生する蓋然性の高い原因が現存する場合とか、租税債務は弁済行為（詐害行為）前の事業年度に関する法人税であって、事業年度の経過と同時に法律的には具体的に債務が発生しているもの、などを理由にして当該租税債権を被保全債

権として取消すことができるとした（佐賀地判昭和三二年一二月五日訟月四卷二号一六三頁，大阪地判昭和三九年七月二日下民一五卷七号一六七九頁，大阪地判平成一年三月一六日金商一二二一号三四頁）。

- (ii) 保証債権 保証人が保証義務履行に先立って、不動産を売却して無資力となった事案の下で、詐害行為取消権の被保全債権は、詐害行為当時まだ発生しなくても、既にその発生の基礎となる法律関係が存する場合、債権者は、その法律関係に入った当時の債務者の資力を信用の基礎としているのであるから、債務者がその法律関係に基づいて将来債権が発生することを予見し、詐害行為を行ったときは詐害行為取消権を行使しうる（大判大正五年一〇月二一日民録二二輯二〇六九頁，大阪地判昭和六二年一月二七日金商七六六号三八頁）。
- (iii) 株主が株金の払込催告を予期して事前に財産処分行為をした事案で、将来の債権ともいうべき、会社の株主に対する株金払込請求権（出資請求権）を被保全債権として、払込催告後の会社の取消権の行使を認めた（大判昭和三年五月九日民集七卷三二九頁）。
- (iv) 離婚に伴う財産分与請求権 この財産分与請求権は、離婚判決が確定し、その効力が生じたとき、はじめて形成される性質のものであり、当該訴訟がまだ上訴審に係属し、その判決が確定していない以上、具体的財産分与請求権はまだ発生していないから、これを被保全債権とする取消権の行使が否定された（仙台高判昭和三五年七月四日高民一三卷九号七九九頁，岐阜地判昭和五七年十一月二九日判時一〇七五号一四四頁）。
- (v) 婚姻費用分担請求権 調停によりその支払いが決定された将来の婚姻費用分担請求権は、既に発生した債権というを妨げず、調停または審判の前提たる事実関係の存続がかなりの蓋然性をもって予測される限度においては、これを被保全債権として取消権の行使を認めた（最判昭和四六年九月二一日民集二五卷六号八二三頁，判時六四五号六六頁，判タ二六九号一八八頁）。
- (vi) 停止条件付債権 被保全債権が停止条件付きである場合などに関す

る判例の見解は必ずしも明らかではないが、農地の二重売買に関し、第一買主は当該売買について法定条件である知事の許可がない間は詐害行為取消権を肯定することはできない、とする判例が参考になる（前橋地裁高崎支判昭和四九年八月六日判時七六〇号八二頁）。条件付権利は条件が成就しない場合には結局発生しない権利であるから、その成否未定の間に詐害行為取消権を肯定することは条件付権利を過大に保護することになるからである。

#### ④ 債権発生前になされた予約に基づく行為

被保全債権発生前になされた売買予約に基づき、被保全債権発生後に予約完結権が行使された場合に、当該本売買の契約は詐害行為取消権の対象にはならない（最判昭和三八年一〇月一〇日民集一七卷一一号一三一三頁）、とされる。完結権者を買主とする売買一方の予約に基づく本売買の完結である場合には、詐害行為は債務者の行為でなければならないから、被詐害債権の存否その他の詐害行為の成立要件は、売買予約締結当時を基準として判断すべきである、とする。また、代物弁済予約に基づき代物弁済がなされた場合についても、同旨の判決が下されている（東京地判昭和三三年一〇月二九日判タ八八号七七頁、大阪高判昭和三八年四月九日高民一六卷三号一七八頁、東京高判昭和四一年九月三〇日金法四五七号六頁）。

### 三. 学 説 の 状 況

#### 1. 特定物債権

##### (1) 特定物債権を保全するための債権者取消権

学説の多くは大審院連合部判決の取消権を有するものは金銭の給付を目的とする債権を有するものに限る、という考え方に反対した。その理由は、特定物債権も金銭債権と同様に窮極的には債務者の一般財産によって担保されること、二重売買の場合、第一買主以外の金銭債権者には取消権の行使が認められるのに、特定物債権者がこれを行使できないのは衡平を失すること、第二の売買が詐害行為となるためには、債務者の無資力と、債務者・受益者・

転得者の悪意を要件とするから、普通の二重譲渡の場合とその要件を異にし、取消権を認めても民法一七七条の原則に矛盾しない、という<sup>1)</sup>。最高裁大法廷判決は、この学説の見解を入れて大審院連合部判決を変更したのは前述した。

(2) 特定物の引渡を目的とする債権を保全するための債権者取消権

取消後取消債権者は受益者などに対して、目的物を直接自己に引渡または所有権移転登記を請求できるかについて、形成権説的立場から、債務者の有する目的物の返還請求権を代位行使しうるから、直接自己に目的不動産の引渡を請求できると説く者もいる<sup>2)</sup>が、多くの者はこれを否定している<sup>3)</sup>。その理由は、(a)詐害行為取消の効果として取消債権者に目的不動産の所有権が移転する法律効果は発生しないこと、(b)債務者に回復された財産は総債権者の金銭債権執行の目的に供されるべきものであり、取消債権者は目的不動産に優先弁済権を取得しえないこと、(c)動産または金銭の引渡の場合と異なり、債務者の受領行為を必要としないから同人の受領拒絶ということはなく、取消債権者に直接登記を移転する必要はないこと、(d)不動産の登記名義さえ債務者に回復すれば、債務者に対する債務名義に基づく金銭執行が可能となるから、それ以上に取消債権者への直接引渡請求を認める必要はないこと、などとされる。では、取消債権者は受益者などに対して債務者へ引渡・登記名義回復を請求するとともに、債務者に対して自己への引渡・登記を請求できるか、これを肯定する学説は、(a)被告でない債務者は目的物の返還請求権を有しないし、債権者がその受けたもので自己の債権を満足させても異議を主張できるものはないから、債権の目的と同一または同種のものである場合に

1) 鳩山秀夫『増改訂版日本債権法総論』(岩波書店、大正一四年)二〇七頁、同「特定物ノ引渡ヲ目的トスル債権ト廃罷訴権」志林一八巻三号五三頁、勝本正晃『債権総論中巻卷之三』(嚴松堂、昭和一年)三二七頁、近藤英吉＝柚木馨『註釈日本民法債権編総則(上)』(嚴松堂、昭和九年)二六四頁、我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、昭和三年)一八〇頁、松坂佐一『民法提要債権総論』(有斐閣、昭和四年)一〇八頁、於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、昭和四七年)一九一頁。

2) 吉永順作「判例解説」判タ三八三號四三頁。

3) 篠田省二「解説」法曹三四卷二號一八四頁、辻正美「判批」民商八一卷一號一三〇頁、渋谷満「判批」金法九〇九號七頁など。



は、取消債権者はその受けたものをもってそのまま自己の債権の弁済に充てうる<sup>4)</sup>、(b)債権者取消権を行使して特定物を復歸させ、他に配当要求する債権者がいなければ、その特定物の引渡を受けることができる<sup>5)</sup>、(c)債権者取消権が金銭債権の価值的満足実現を本来の目的とするとしても、特定物債権実現を助ける機能をも事実上果たすことを非難すべき理由はないこと、(d)取消により受益者が移転登記抹消に応ずる代わりに目的物の時価相当の金銭を支払うことにした場合、取消権者が事実上優先弁済を受けることとの均衡、および、(e)債権者取消の訴訟と並行して債務者に対し自己への移転登記請求訴訟を提起して、取消訴訟勝訴判決と債務者に代位して債務者から受益者への移転登記抹消登記申請し、登記名義が債務者に復歸したら、移転登記訴訟の勝訴判決に基づき、債務者から特定物債権者への移転登記などをすれば、終局的には同所有権を取得しうる、などを理由にしている<sup>6)</sup>。これを否定する学説は、(a)債権者は、債務者の一般財産による価值的満足を受けるために取消権を行使しうるのであるから、金銭債権の執行準備として抹消登記を請求し、登記を債務者名義に回復することで足りる<sup>7)</sup>、(b)取消権を行使できるのは、詐害行為後債務者が特定物を債権者に給付することが不能になり、既に填補賠償請求権に転化しているから、金銭執行のみが可能であり、特定物債権はすでに存在していない<sup>8)</sup>、(c)二重譲渡の場合、特定物債権その物の保護は民法一七七条の問題として、背信的悪意者理論の活用によってはかれば十分であるなどを理由にして、債権者取消権の効果は総債権者の利益のために発生する

4) 柚木馨「判批」判評四一号六頁，柚木馨＝高木多喜男『判例債権法総論（補訂版）』（有斐閣，昭和四六年）一六九頁。

5) 板木郁郎「判批」民商四六卷二号一三一頁，中井美雄「判批」判タ三九〇号九七頁。

6) 鈴木禄弥『債権法講義』（創文社，昭和五五年）一五三頁。

7) 我妻栄・前掲書一八一頁，一九四頁，星野英一『民法概論III』（良書普及会，昭和五三年）一〇八頁，林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論』（青林書院，昭和五三年）一八一頁，吉永順作・前掲判タ三八三号四四頁，下森定・民法判例百選II五三頁。

8) 飯原一乗『判例を中心とした詐害行為取消権の研究』司法研究報告書一八輯二号（司法研修所，昭和四二年）二五二頁，辻正美・前掲民商八一巻一号一二五頁。

から、債務者に回復された財産は、総債権者の金銭債権執行の目的に供されるべき特別財産であり、取消債権者は目的不動産に優先弁済権を取得することはできない<sup>9)</sup>、などを理由にしている。

## 2. 被保全債権の成立時期

通説も被保全債権は詐害行為以前に発生したものであることを要するという判例法理を認めている<sup>10)</sup>。しかし、債務者の詐害意思は特定債権者を害することを旨とするのではなく、共同担保不足により一般債権者を害することを旨とすることで足りること、と取消権は取戻した財産をその債権者の所有に帰するものではなく、責任財産の増殖を目的とするものであり、取消権を行使しない債権者や、詐害行為以後債権を取得した債権者も配当を受けうるから、行為後に発生した債権も被保全債権たりうる、とする反対説がある<sup>11)</sup>。債権が行為前に発生しておれば、詐害行為の時までに弁済期が未到来であってもよいが、口頭弁論終結までに履行期が到来しないと、詐害性の判断に支障が生ずる場合がある<sup>12)</sup>。通説は、詐害行為が債権発生前であるときは、たとえその詐害行為に基づく対抗要件である登記が債権発生後になされたとしても、債権者は取消権を有しない、として判例に賛成しているが<sup>13)</sup>、これに対して、「登記のない間は、一般債権者は受益者の権利取得を無視して差押えることができるのだから、詐害行為の要件がある場合には、登記がなされた後にも差押えの前提として取消することが可能というべきであろう。いいかえれば、

9) 下森定「判批」判評二五八号二六頁，早川真一郎「判批」民法判例百選II（第二版）四九頁。

10) 鳩山秀夫・前掲書二一九頁，近藤秀吉＝柚木馨・前掲書二六七頁，勝本正晃・前掲書三一頁，我妻栄・前掲書一七八頁，松坂佐一・前掲書一〇九頁，於保不二雄・前掲書一九三頁。

11) 加藤正治『廃罷訴権論』富井先生還暦祝賀法律論文集（有斐閣，大正七年）一二七二頁，飯原一乗・前掲書二八頁。

12) 下森定「債権者取消権」奥田昌道編『注釈民法(10)債権(1)』（有斐閣，昭和六二年）八〇〇頁。

13) 松坂佐一「債権者取消権」『総合判例研究叢書(7)』（有斐閣，昭和三二年）一六九頁，於保不二雄・前掲書一九三頁，星野英一・前掲書一〇九頁など。

債権者に対する関係でも登記をしたときに移転行為が行われたことを対抗しうるに止どまり、従って取消の対象となりうるといわねばならない」との有力な反対説がある<sup>14)</sup>。

学説はおおまか前掲二③の判例と同様な態度をとっている<sup>15)</sup>。しかし、保証人の求償権は詐害行為前に現実に成立しておらず、保証人は代位によって取得した債権を被保全債権として取消権を行使する道があるから、これを否定すべきだと主張する学説がある<sup>16)</sup>。また、離婚に基づく財産分与請求権については、財産分与請求権の具体的発生基礎たる法律関係がすでに発生しているときは、取消権を行使しうる、とされる<sup>17)</sup>。さらに、停止条件付債権については、民法が条件付権利（民一二八条・一二九条）を保護していることを理由に取消権を肯定する説がある<sup>18)</sup>。売買予約に基づいて本契約がなされた場合には、詐害行為の要件は本契約の時でなく予約の時に存することを要する判例に、学説はこれに賛成している<sup>19)</sup>。

#### 四. 理論の展開

##### 1. 特定物債権

特定物債権も取消権適格があることが判例によって確立されたが、それは、将来金銭債権に変じていなければならないか、それとも、特定物債権のまま取消権の行使ができるかが問題となる。

前記大法廷判決は、詐害行為の時にその債権は金銭債権だけに限らず、特定物債権でも取消権の行使ができると考えているようであるが、同判決の補足意見は詐害行為の前は特定物債権でもよいが、詐害行為の時には金銭債権

14) 我妻栄・前掲書一七九頁。

15) 飯原一乗・前掲書三〇頁，同「判批」判タ二七一号六二頁，星野英一「判批」法協九一卷五号八三七頁，勝本正晃・前掲書三一九頁，石坂音四郎「債権者取消権（廃罷訴権）論」改纂民法研究下巻（有斐閣，大正九年）二三九頁。

16) 我妻栄・前掲書一七八頁，下森定・前掲注釈民法(10)八〇〇頁。

17) 柚木馨＝高木多喜男・前掲書二〇〇頁。

18) 於保不二雄・前掲書一九三頁。

19) 星野英一「判批」法協八三卷一号一二八頁，松坂佐一「判批」民商五一卷一号一〇三頁。

に変じていなければならないとしている。

学説を見れば、一説は、特定物債権は、詐害行為の時に金銭債権に転じている必要はなく、取消権を行使するまでに金銭債権に転ずればよいと解し、債務者のもとに戻った目的物は自分の債権の弁済に充てることは許されず、債権者はあくまでも金銭債権としての立場で満足を受けるにすぎない、とみる<sup>20)</sup>。他の説は、債権者は特定物債権に基づいて取消権の行使ができ、回復した目的物をそのまま自己の債権の弁済に充てることができると解する<sup>21)</sup>。第三説は、特定物のままで取消権の行使ができ、取戻しをしても取消債権者は特定物債権者であるのに変わりはないが、取消の効果を受けるについては民法四二五条が働き、総債権者のために分配される、と解する<sup>22)</sup>。第一説は詐害行為取消権の趣旨に合うといえるが、取消権行使の時に損害賠償請求権に転じていることを要するとすれば、訴え提起の時は金銭債権の保全のためということになり、大審院連合部判決との相違がなくなる。第二説は特定物債権の保全という点で連合部判決との相違を説明できるが、四二五条の趣旨に反する。結局第三説が妥当と思われる<sup>23)</sup>。したがって、特定物債権者は特定物債権のままで、将来の執行不能のさいの自己の損害賠償債権保全のために取消権の行使をすることができるが、取消後は取消権の効果が働き、強制執行手続による満足を受けるべきものであるから、受益者に対して目的物を直接自己に引渡・登記を請求したり、債務者へ引渡・登記回復された後、改めて自己への引渡・登記を請求することは許されない。目的物が金銭の場合との均衡問題については、金銭の場合に事実上の優先弁済を認めた判例法理にむしろ問題があり<sup>24)</sup>、また、前節三. 1.(2)の(e)は債務者に対して自己への移転登記請求訴訟を債権者取消訴訟と並行して提起して勝訴判決を得ると述

20) 我妻栄・前掲書一八〇頁、下森定・民法の判例（第二版）一一〇頁。

21) 柚木馨＝高木多喜男・前掲書一九六頁、板木郁郎「判批」民商四六卷二号三一六頁。

22) 水本浩『債権総論』（一粒社，昭和五一年）一〇九頁。

23) 奥田昌道『債権総論(上)』（筑摩書房，昭和五七年）三〇七頁注(5)参照。

24) 下森定・前掲注釈民法(10)八七一頁。

べておられるが、取消訴訟に頼らずに勝訴判決が得られるかが疑問である。

## 2. 被保全債権の成立時期

判例・通説とも被保全債権は詐害行為以前に成立したもののみが取消権を行使し得ると解する。これに対し、詐害行為後の債権者も取消後の利益を享受できることからみて上記の見解は背理であるという批判があり、なかなか鋭い指摘である。しかしながら、詐害行為後の債権者に対して、通常の取引においては、債務者に詐害の意思を認めるのは困難であろう。詐害行為取消権は、特定の金銭債権者のために認められた個別執行の準備手続制度であるから、取消債権者の範囲は、詐害行為によって具体的に害せられた債権者がこれを行行使することができるのであって、詐害行為当時まだ債権を有しない者までが行使できるものではない。民法四二五条は取消の効果の及ぶ範囲に関するものであり、これと取消権者の範囲とは同一に解しなければならない必然性はない<sup>25)</sup>。

また、判例・通説は、債権がまだ発生しなくても、その発生の蓋然性を見越して、予め財産を処分したような場合には、後に発生した債権を被保全債権とする取消権の行使を認めている。しかし、一部被保全債権は将来のものであり、消滅や減額の可能性があるため、被保全債権の範囲ないし額の決定は詐害性の判断上重要な意義をもち、かつまた詐害行為取消の範囲の決定にも影響を及ぼすので、法技術的困難さが残っている<sup>26)</sup>。次に、詐害行為が債権の成立前になされ、その登記が債権の成立後になされた場合であっても、詐害行為取消権は成立しない判例・学説に対して、有力な反対説があるのは前述した通りである。この問題は一七七条の第三者は一般債権者も含まれるかどうかとの問題が含んでおり、通説・判例は一般債権者を除外している<sup>27)</sup>。

25) 下森定・前掲注釈民法(10)七七九頁、船越隆司「判批」判評二六一号一五頁。

26) 下森定「判批」家族法判例百選(新版・増補)三〇二頁、星野英一「判批」法協九一卷五号一一四頁、飯原一乗「判批」判タ二七一号六五頁。

27) 半田正夫「民法における第三者の範囲」『叢書民法総合判例研究⑦』(一粒社、昭和五二年)九〇頁。

したがって、不動産の譲受人は登記なくして、一般債権者に対抗しうる。また、登記の移転自体を詐害行為として取消しうると、不動産を善意で譲り受けた者が、登記を受けるときに債権者を害することを知ったから、その売買が取消されてしまうことになる。対抗問題は、物権を取得した者から不動産に対する差押債権者や二重譲受人に対する当物権の主張問題であり、売買あるいはそれに基づく登記移転が詐害行為として債権者から取消しうるか、という問題とは必ずしも直結しないものである<sup>28)</sup>。したがって、受益者の登記の存否に関係なく取消権を否定するのが妥当であろう。

(りん・しゃくしょう／経済学部教授／1998年3月17日受理)

---

28) 船越隆司・前掲判評二六一号一五頁。